

Title	〔商法 一五七〕 株式会社の全財産の任意競売と商法二四五条の適用の有無
Sub Title	
Author	加藤, 修(Katō, Osamu) 商法研究会(Shōhō Kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.5 (1976. 5) ,p.95- 98
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760515-0095

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔商法 一五七〕 株式会社の全財産の任意競売と商法二四五条の適用の有無

東京高決昭和四七年三月一五日
昭和四六(ワ)四三〇号競落許可決定に対す
る即時抗告申立事件
判例時報時六六号八三頁
下級民集三三卷一、四号一八頁

〔判示事項〕

株式会社の代表取締役が実質上の抵当権者で競売申立人であり、競落により株式会社の全財産を得たとしても商法二四五条の適用はない。

〔参照条文〕

商法二四五条一項

〔事実〕

訴外A株式会社の代表取締役Bは、訴外中小企業金融公庫のA会社に対する債権の譲渡を受け、A会社所有の土地建物、訴外C株式会社所有の建物および右両会社所有の工場抵当法三条による機械器具に対する抵当権の移転登記を経た。また、Bは、本件抗告人Xに対し金銭を貸付け、これを担保するために訴外DがA会社の土地建物に対して有する抵当権に対して転抵当権の設定を受けその登記を

完了した。その後、Bは、右両債権を本件抗告相手方Yに譲渡し、

Yのために前記抵当権および転抵当権の移転登記をした。Yは、その約一ヶ月後に本件競売の申立をし、本件不動産を競落した。

Xは、次のような理由で本件抗告におよんだ。すなわち、本件においてYが債権者として競売を申立てているけれども、実質上の債権者、申立人はA会社代表取締役の地位にあるBである。そして、本件競売の目的物件は、A会社の全財産であるが、Bは個人としてA会社に対する抵当権者であることを利用して、A会社の株主の意思を問うことなく単独の意思で本件競売手続を経ることによりA会社の全財産を実質上自己のものとしたのであつて、これは商法二四五条一項に該当し無効である。なぜなら、任意競売は、実質上所有者と競落人間の売買であり、これを強制的に実現したものであるが、これは、実質上「譲渡」とみることができ、会社の全財産の譲

渡は「営業全部の譲渡」と同視し得るか、これに準ずるものだからと主張した。なお、Xは、本件最低競売価額が不当に廉価であると主張する。

〔判旨〕

Xの抗告棄却。

記録上確認すべき資料はないが、仮りにYがBの実弟であるとして、YとBが同一町内同一丁目に住居していること、BがYに本件債権を譲渡し、Yに対して抵当権および転抵当権移転登記をしたその約一ヶ月後に本件競売の申立をしたことを考えると、あるいはX主張のごとく本件競売について実質上の債権者、申立人はBであったのではないかとの疑問なしとしない。しかし仮りにBが本件競売について実質の債権者、申立人であつたとしても、本件競売が商法第二四五条第一項第一号に該当すると考える余地はないといわなければならない。ただし競売法による競売は一種の換価処分であり、競売代金の支払に対し目的物件の所有権を競落人に移転する点が形式上所有者と競落人間の売買に類似してはいるが、その本質は私法上の売買とは異り、国家機関が目的物件を換価する公法上の処分であり、従つて目的物件がたとえ会社の全財産であり、しかして会社の全財産の譲渡は商法第二四五条第一項第一号の営業の全部または重要な一部の譲渡と同視したはそれに準すべきものであると解するとしても、競売の場合にその観念をいれる余地はないといわなければならないからである。このことは会社の全財産の競売が営業の全部または重要な一部の譲渡として会社の株主総会の特別決議

を経なければならないとした場合には、その決議がなければその競売は実行できないということになり、競売法による競売の制度を無に帰せしめる結果になることを考えれば明らかである。しかしてこのことは債権者申立人ないし競落人が会社の代表取締役の地位にあつたか否かとは関係がなく、その地位にあつたからといつて結論を異にするものではないといふべきである。従つてXの主張はそれ自体理由がない。」

〔評釈〕

判旨結論に賛成。

任意競売の性質が私法上の売買であるのかそれとも公法上の処分であるかについては学説上の争いがある(小野木「換価たる競売の本質」訴訟法の諸問題二一九頁以下、斎藤・競売法三二頁以下、柚木上田・注釈民法(九七五頁、中野「換価としての競売の法的性質」裁判と法(下)七八四頁以下、竹下「不動産競売の効果と競売の性質」民事訴訟雑誌一八(一九七二年)四五頁以下参照)。大審院の昭和四一年二月二六日の判決は、「競売法ニ依ル競売ハ仮令売買ノ形式ヲ執ルト雖モ、其ノ性質ハ国家ノ機関カ目的物ヲ換価スル公法上ノ処分ナルカ故ニ、任意売買ニ付テノ慣習ニ依リ競売法ニ依ル競売ノ效果ヲ左右スルコトヲ得サルハ勿論ナリ」とし(民集一八卷一六五三頁、一六五四頁)、公法上の処分説を採つている。最高裁の昭和四三年二月九日第二小法廷判決は、競売公告に「貸貸借なき土地」との表示があることにより地上建物には敷地の利用権なきものと信じて競売申立をなしたのだから、右建物に法定地上権が伴つているといふのであれば、右競売申

出は錯誤により無効であるとの上告人の主張に対して、「競買人の競買申出は、訴訟行為に準ずべきものであり、これに基づいてする裁判所の競落許可決定は裁判であるから」、「競落許可決定を受けた最高価競買人は、右競売手続および競落許可決定につき不服があるときには「民訴法に定める異議の申立および即時抗告によつて争うべきで、別訴で争うことは許されないと判示している（民集二巻二号一〇八頁以下）。そして、この判決については、私法上の売買説を完全に否定するものと理解すべきであろうとの評価がなされている（瀬戸「最高第二小法廷判昭四三・二・一六解説」最高裁判所判例解説（民事篇）昭和四三年度（上）四一頁。但し、中野「本文最新判評釈」判例評論一五号三四頁は反対）。本件判旨が、任意競売を私法上の売買ではなく、国家機関が目的物件を換価する公法上の処分であるとしていることは、先に述べたような判例の傾向を踏まえたものであろう。しかし、比較的最近において、競売につき実体的側面と手続的側面という二つの観点からする同時的考察がなされ、実体面においては売買という構成を受けられ、手続面においては公法上の処分として扱われ見解（中野・前掲論文八一四頁以下）、あるいは、競売機関と各関係人との関係においては公法上の処分であるが、関係人相互の関係においては私法上の売買と「評価」できるという見解（竹下・前掲論文一三〇頁以下）が主張されているが、このような見解に接すると公法上の処分説を採る判旨の立場については、特にその部分につき疑問は残る。なぜなら、手続というものはただその場面を設定するだけで、それだけでは実体に関わりなく、公手続外で行われようと公

手続内で行われようと売買たるに変わりないと観念することも可能だからである（伊東「競売法による競売の本質」抵当権の実行（上）一一頁参照）。しかし、手続面では競売はいずれにせよ公法上の処分と解さるべきだから、抵当権が存在し、所定の競売手続を踏めば、競売は手続的には完結される。とはいっても、競売の基礎である抵当権の設定行為に問題があり、抵当権が無効ないしは消滅したことになるならば、競売は実体上無効となる（伊東「競売手続と公信的効果」民事訴訟法研究三三五頁以下参照）。それゆえ、本件において会社の全財産の競売による移転について商法二四五条違反を理由としてその無効を主張しようとするためには、競売の基礎を形づくる抵当権設定が同法同条に違反しているかを問うべきことになる（同頁、米沢「本件評釈」判例評論一七四号二〇頁、今井「本件評釈」商事法務七一七号三四頁）。この意味において、判旨が、商法二四五条一項一号という譲渡は任意競売を含まないとしている結論には賛成できる。そうとすれば、会社の全財産につき抵当権を設定することに商法二四五条の適用あるいは類推があるか否かが次の問題となる。

営業譲渡の意義については、営業活動の承継を要件とするか否かは学説上争いがあり、最高裁の判例においても、営業活動の承継を営業譲渡の要件とする多数意見と営業全部の譲渡とは会社の営業財産全部の譲渡を意味し、営業活動の承継を要件とせず、重要工場の重要な機械の譲渡も営業の重要な一部の譲渡であるとする少数意見が対立している（最高大法廷判昭四〇・九・三二民集一九卷六号二六四頁以下。なお、最高大法廷判昭四一・二・二三民集二〇卷二号三〇二頁において

も意見の対立がある。学説については、喜多川・注釈会社法二四五条注九以下、上柳「営業譲渡」新商法演習(一)二四二頁以下等に詳細である。営業の譲渡担保についても、その担保権の設定という実質に重点を置くか、あるいは、担保目的のためにする所有権移転という外形に重点を置くかにより理解は分れる。実質に重点を置く説は、この場合には、営業を継続するために債務を負担し、その関係から営業を担保に入れたにすぎなく、したがって債務を弁済すれば旧に復するのであるから、これをもつて商法二四五条にいう営業譲渡にはあたらないと主張し(鈴木「株式会社と取引の安全」商法研究Ⅱ五五頁)、外形に重点を置く説は、譲渡担保の場合でも、公示との関係で通常対外的には譲渡と全く同じ外形をとる以上、譲渡担保が結局において譲渡と同一の結果に立ち至る危険性は、担保が抵当権・質権等のいわば純粹形態をとる場合よりも一層大きいものとみうるであろうから、譲渡担保にも商法二四五条の特別決議を必要とするとする(大賀「大阪高判昭三六・一一・一〇評釈」法学研究三八卷二七〇頁、七一頁)。しかし、本件の場合には、譲渡担保ではなく、抵当権設定の場合であり、しかも、本件抵当権設定は、企業継続のため会社の経済的必要性を満たすための「手段」としてなされたものと評価できるので、かりに会社の全財産につき抵当権が設定された場合であるにしろ、商法二四五条の適用あるいは類推の問題を生じないと考える(大野「福岡高判昭三六・一〇・二六評釈」法学研究三八卷三三〇八八頁参照。喜多川「本件評釈」ジュリスト五九三号九四頁も、本件抵当権設定を会社の存在にかかわることのないビジネス・ポリシーに属するとする。米沢前

掲三二頁、今井前掲三五頁も、本文とはほぼ同旨)。

なお、本件において、A会社代表取締役Bは、中小企業金融公庫のA会社に対する抵当権付債権を譲受け、さらに、BはDがA会社に対して有する抵当権につき転抵当権の設定を受けている。この場合、B代表取締役はその地位を利用して、A会社の他の債権者には弁済せず、もつぱら自分の方にばかりA会社をして弁済させることもあり得たかもしれないが、これは、取締役・会社間の利害相反行為として商法二六五条の適用を受ける問題にはならないと考える(今井・前掲三五頁は、B代表取締役による抵当権等の取得はもつぱら第三者との間でなされたもので、会社と取締役との間の取引とみるべきものは直接的にも間接的にも存しないとす。但し、米沢・前掲三二頁は反対)。

(追記)

脱稿後に判旨結論賛成の山下「本件評釈」関西大学大学院法学ジャーナル一六号一四一頁以下に接し得た。

(一九七六年三月九日)

加藤修